



20203000099921

Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20203000099921-DPE

Fecha de Radicado: 22-09-2020

Bogotá D.C.,

Doctores
JEFES DE OFICINA JURIDICA
Entidades Públicas del Orden Nacional
Ciudad

ASUNTO: Recomendaciones a las entidades públicas para el análisis del desequilibrio contractual por la aparición del Covid-19

Este documento presenta a las entidades públicas una guía para analizar el desequilibrio contractual por la aparición de la Covid-19. El propósito del documento radica en formular parámetros de estudio de los principales aspectos que se deben evaluar en cada caso para establecer si hay una situación de desequilibrio contractual y para ayudar a orientar los pasos que se deben seguir en tal caso.

No todas las alteraciones de las condiciones de un contrato, configuran jurídicamente la ruptura de su equilibrio económico. La doctrina especializada ha señalado como condiciones generales para su configuración¹, las siguientes:

- La alteración debe darse por hechos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento.
- La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la oferta o a la celebración del contrato.
- La alteración debe ser causada por un *álea* anormal.
- La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal.

La jurisprudencia ha señalado estas mismas condiciones, con algunas variaciones como más adelante se presentará.

¹ Rodríguez, Libardo. El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos. Segunda Edición. Temis.



Esta guía tiene tres secciones. La primera describe las características generales del desequilibrio contractual. La segunda explica las figuras del “hecho imprevisible”, “hecho del príncipe” y “potestas variandi”. La tercera examina los retos específicos que acarrea el advenimiento de la Covid-19 y propone algunas pautas para gestionar los respectivos casos.

1. Elementos generales acerca del desequilibrio contractual

a. Con el ejercicio de su facultad contractual, el Estado busca satisfacer sus fines esenciales.

b. El contratista busca un interés particular legítimo, representado en un provecho económico².

c. Los contratos que suscriben las entidades públicas se rigen por el principio de conmutatividad. Ello implica que la ecuación inicial del contrato debe guardar un equilibrio objetivo durante su desarrollo³.

d. El equilibrio contractual es una figura que se aplica a todos los contratos bilaterales que suscriben las entidades públicas con los particulares y cuya ejecución sea de mediano o largo plazo v.gr., los contratos de obra pública, suministro, prestación de servicios.

e. El equilibrio contractual no es un equilibrio matemático, sino que hace referencia a una equivalencia razonable que preserva la intangibilidad de las prestaciones.

La jurisprudencia constitucional ha puesto de manifiesto que las prestaciones correlativas de las partes “tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado”⁴.

Sobre este mismo punto, el Consejo de Estado señaló al respecto que “la remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de éste trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del

² C.E. Secc. Tercera. Sent. 10.151, may.9/1996. C.P. Daniel Suárez Hernández.

³ El principio de la conmutatividad de los contratos estatales se sustenta en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 según el cual en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar.

⁴ C. Const. Sent. C-892, ago. 22/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.



bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista”⁵.

f. El equilibrio razonable opera así cuando el contratista obtiene un retorno para su trabajo e inversión adecuado a la luz de las condiciones de mercado de las actividades que realiza y de los riesgos que ellas incorporan.

g. Por regla general, la alteración al equilibrio contractual se configura luego de la celebración del contrato, es decir, durante su ejecución. Sin embargo, la jurisprudencia también ha indicado que puede ocurrir un desequilibrio por actuaciones anteriores al contrato. Por ejemplo, cuando la entidad pública no realiza un adecuado diseño de planos para la construcción de una obra y esto le provoca al contratista obras adicionales. Así, el Consejo de Estado en sentencia con radicado 18080 señaló: “Cabe mencionar que la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y, por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento”⁶.

h. No todos los cambios que alteran las condiciones de ejecución de un contrato generan desequilibrio ni configuran el derecho de la parte afectada a contar con un restablecimiento.

i. La jurisprudencia contenciosa señala que el desequilibrio contractual se configura cuando⁷:

- i) Se rompe la equivalencia entre las obligaciones del contratista y su remuneración por causas que no le son imputables.
- ii) Las causas que generan la ruptura de la equivalencia son ajenas a los riesgos que asumió el contratista en el momento de suscripción del contrato y a los que son inherentes a su objeto.

⁵ C.E. Secc. Tercera. Sent. 18080, ago. 31/2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ C.E. Secc. Tercera. Sent. 18080, ago. 31/2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ C.E. Secc. Tercera. Sent. 15.119, sep.18/2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sent. 14.781, sep. 11/2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sent. 21.990, jun.28/2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sent. 24.636, dic.11/2015. C.P. Ramiro Pazos Guerrero, entre otras.



La asunción de riesgos generalmente está prevista en una matriz que hace parte de los documentos del contrato⁸. Si el contratista ha asumido expresamente un particular riesgo y éste se configura, no se genera un desequilibrio contractual⁹.

La Sentencia del Consejo de Estado con radicado 59546 ejemplifica el caso. En esa oportunidad, un contratista asumió el riesgo consistente en la causación de “daños a terceros por inadecuadas prácticas en la actividad de dragado, desde el punto de vista ambiental”. En la ejecución del contrato una comunidad de pescadores realizó un paro y bloqueó las actividades de dragado. Según el contratista, este paro afectó el equilibrio del contrato. El Consejo de Estado consideró que el contratista debía asumir el riesgo generado por el paro, dado que la razón principal del bloqueo fue la afectación de la actividad pesquera, lo que, en su razonamiento, encaja en el riesgo denominado inadecuadas prácticas en la actividad de dragado. Por lo que concluyó que este suceso se encuentre dentro de los límites de asunción del riesgo¹⁰.

iii) La alteración del equilibrio contractual es real, específica, grave y transitoria:

- Es real cuando es verdadera, lo cual exige constatar la existencia de un déficit. El déficit se evidencia en relación con el equilibrio inicialmente pactado.
- Es específica cuando es concreta y directa al contratista. Debe así haber una clara identificación de los gastos adicionales en los que ha incurrido el contratista, su relación con la causa de la alteración y su monto.
- Es grave cuando es extraordinaria y significativa.
- Es transitoria cuando es temporal, pues sólo así se justifica la ayuda de la contraparte para continuar con la ejecución del contrato.

j. El desequilibrio contractual no imposibilita el cumplimiento del contrato ni varía el contenido intrínseco de las obligaciones, sino que se trata de una situación que hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes.

k. La razonabilidad del precio y la utilidad a percibir por el contratista se verifica mediante la consulta de los precios del mercado del bien, servicio u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza¹¹.

l. A la parte afectada le corresponde probar la existencia del desequilibrio contractual. Para el efecto, se debe (i) identificar la ecuación sobre la cual se estructuró el contrato; (ii) evidenciar las causas que se invocan para alegar el

⁸ Art. 4 L.1150/20107; D.1510/2013.

⁹ C.E. Secc. Tercera. Sent. 51.526, mar.23/2017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁰ C.E. Secc. Tercera. Sent. 59546, may. 30/2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹¹ C.E. Secc. Tercera. Sent. 18080, ago. 31/2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



desequilibrio; y (iii) demostrar el efecto económico real sobre la ejecución del contrato. No basta probar el incremento de una cuenta, sino que es necesario cuantificar el impacto sobre la ecuación económica¹².

m. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre las causas que podrían generar un desequilibrio contractual están la hiperinflación, el alza imprevista del valor de la materia prima determinante para el cumplimiento del contrato, la realización de obras adicionales, la ampliación del plazo contractual, el establecimiento de nuevos tributos, la demora en la entrega del anticipo, el retraso en la entrega de los terrenos en los cuales debe ser construida la obra o el no suministro oportuno de los planos y materiales para su ejecución, entre muchas otras que deben ser analizadas en cada caso concreto.

n. Se debe acreditar el efecto económico real sobre la ejecución de un contrato. Esto es, se debe demostrar el impacto que tuvo el presunto desequilibrio para el contratista.

- i. Esta prueba generalmente se basa en un dictamen pericial sobre las facturas o los libros contables. El dictamen debe concluir que el contratista se vio obligado a adquirir bienes o servicios no previstos y mostrar el valor de dichas adquisiciones¹³.

El Consejo de Estado en sentencia con radicado 63123, precisó sobre el punto, lo siguiente: “Para ese propósito no bastaba con sostener en los dictámenes periciales, con base en el aumento reflejado en las variaciones porcentuales de los Índices de Precios de Edificaciones Nuevas Educación IPEN, que el paso del tiempo comportó un incremento de precios de construcción superior al proyectado en la propuesta. **Resultaba indispensable demostrar el costo real de su ejecución**¹⁴ y que este excedió de manera considerable el precio formulado en la oferta, actividad probatoria que en el caso no se llevó a cabo, habida cuenta de que no se aportó prueba documental dirigida a demostrar cuál fue su costo real y efectivo y tampoco ese aspecto fue tenido en consideración en los aludidos peritazgos” (Negrilla fuera de texto).

- ii. El análisis del desequilibrio contractual es más claro cuando en el contrato se pactó el sistema de precios unitarios. Esta forma de pactar el precio es usada en los contratos de obra. En este sistema el precio

¹² C.E. Secc. Tercera. Sent. 59309, may. 8/2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹³ C.E. Secc. Tercera. Sent. 63123, feb. 6/2020. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁴ Sentencia proferida por la Subsección A del Consejo de Estado, el 29 de julio de 2015, dentro del expediente No. 41.008, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. “Sin embargo, las anteriores evidencias por sí solas no acreditan que para el caso concreto del negocio jurídico identificado con el número 233, el demandante se hubiera visto afectado por el alto incremento de los costos del asfalto sólido presentado en el año 2000, pues para la demostración del grado de impacto en la economía del referido contrato por cuenta del aumento de precios, era indispensable acreditar el valor real que le costó la adquisición de ese producto. En otras palabras, no bastaba con acreditar, a través de los listados de precios oficiales el valor del asfalto para esa fecha, sino que debía demostrarse cuánto pagó el contratista por el mismo”



total del contrato es el que resulta de multiplicar las cantidades de obra por el precio de los ítems correspondientes. Así, partiendo de las condiciones inicialmente pactadas y comparándolas con las efectivamente ejecutadas, es posible determinar cuándo se presentaron mayores cantidades de obra, los ítems que se afectaron y la variación de los precios¹⁵.

En sentencia con radicado 17660, el Consejo de Estado señaló, en un caso concreto, que “la ruptura del equilibrio económico del contrato se hubiera presentado si, como consecuencia de un hecho económico inesperado - como una hiperinflación-, se hubieran presentado alzas exageradas en los insumos y en los elementos que formaban parte de los costos del contrato, al punto de no alcanzar a ser cubiertos por los precios unitarios corregidos con la fórmula de reajuste (...) los demandantes no acreditaron que los precios unitarios pactados y corregidos con la fórmula de reajuste prevista en el contrato fueran excesivamente menores que los precios del mercado y, en ese sentido, no tiene asidero alguno la petición de revisión de precios”¹⁶.

- iii. Sucede lo mismo cuando en el contrato se pactó un factor llamado AIU (administración-imprevistos-utilidad), pues en este caso si el contratista logra demostrar que esta partida resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante su ejecución, puede ser un indicio importante para obtener el restablecimiento del equilibrio del contrato¹⁷.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia con radicado 18080 señaló: “A este respecto, se observa que, en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que ‘en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato’¹⁸”.

o. Los desequilibrios contractuales no necesariamente se solucionan a través de un solo mecanismo, sino que con frecuencia hay distintas alternativas que permiten la satisfacción de este propósito. Las entidades estatales deben

¹⁵ C.E. Secc. Tercera. Sent. 39498, may.30/2018. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁶ C.E. Secc. Tercera. Sent. 17660, agos. 28/2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

¹⁷ C.E. Secc. Tercera. Sent. 18080, ago. 31/2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ C.E. Secc. Tercera. Sent 16433, dic. 11/2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque.



procurar que se adopte la fórmula que comporte mayores beneficios tanto para la entidad como para el contratista¹⁹.

2. Causas que originan el desequilibrio contractual

El desequilibrio económico puede configurarse por hechos imprevisibles (sección 2.1); por un hecho del príncipe (sección 2.2); o por la “potestas variandi” de la Administración (sección 2.3). La diferencia entre estas figuras radica en las condiciones en las que se estructura y en los derechos que se generan para el contratista afectado.

2.1. Hecho imprevisible

Se presenta durante la ejecución del contrato, cuando “con posterioridad a su celebración, ocurren hechos o situaciones anormales, imprevisibles y extrañas a los cocontratantes, que alteran las condiciones de cumplimiento que se tuvieron en cuenta al momento de pactar las prestaciones debidas, haciendo mucho más grave y onerosa -que no imposible-, para alguna de las partes, la ejecución correcta del contrato”²⁰.

El Consejo de Estado, en la sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, estableció tres presupuestos básicos para que se pueda restablecer el equilibrio económico de un contrato con ocasión de la ocurrencia de un hecho imprevisible:

- (i) Que exista un hecho exógeno a las partes, que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.
- (ii) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.
- (iii) Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato.

a. El hecho imprevisible es aquel cuya ocurrencia no se podía prever dentro del marco de lo razonable por ninguna de las partes. Se trata de un hecho sobreviniente, extraordinario y exógeno a las partes.

La jurisprudencia ha considerado como hechos imprevisibles, entre otros ejemplos, la guerra, la crisis económica grave, la devaluación extraordinaria, el aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato, la conmoción social, la fluctuación anormal de los

¹⁹ Los Decretos 482 y 569 de 2020, declarados exequibles por las Sentencias C-185 y C-239 de 2020, son ejemplo de búsqueda de soluciones óptimas según las realidades de cada caso. En esta última, la Corte Constitucional puso de manifiesto que “las prórrogas establecidas para los contratos de asociación público-privada respondían a la necesidad de hacer frente a los desequilibrios económicos originados en la ejecución del contrato. Sin embargo, se precisó que esa facultad debía ser interpretada y aplicada con sujeción a criterios objetivos, la realidad económica del contrato y las perturbaciones que se produjeron con la emergencia sanitaria en relación con: (i) la disminución en el recaudo causada por las medidas adoptadas por el Gobierno nacional en el marco del estado de emergencia; y (ii) la posibilidad de que las prórrogas operaran mientras durara el Estado de emergencia económica, social y ecológica así como la emergencia sanitaria”.

²⁰ Rodríguez, Libardo. El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos. Segunda Edición. Temis.



insumo o materiales, las condiciones inesperadas del terreno, la pluviosidad excepcional²¹.

b. También se entiende por hecho imprevisible aquel realizado por una entidad pública **distinta** a la entidad contratante, cuando en el ejercicio de sus funciones expide un acto administrativo de carácter general, siempre y cuando no haya sido previsto como un riesgo a cargo del contratante.

c. Sólo se configura como un hecho imprevisible cuando en la gestión contractual no fue posible preverlo como un riesgo. Así, por ejemplo, en sentencia con radicado 28681 el Consejo de Estado señaló: “En el caso concreto, si bien la ley 418 de 1994 no había entrado en vigencia antes de la celebración del contrato, dicha contribución venía cobrándose desde tiempo atrás como antes se indicó al reseñar la evolución legislativa de la misma, es decir, que no es posible alegar que esta norma introdujo una situación imprevisible para el contratista, al punto que en la cláusula octava, parágrafo segundo del contrato, arriba transcrito, el contratista autorizó a la entidad para que “de los saldos de las órdenes de obra, descuenten las sumas correspondientes, que por impuestos, tasas, contribuciones, estampillas etc., se llegasen a descontar con relación a la ejecución del objeto contratado en relación a cada orden de obra asignada”²².

d. Se debe tener en cuenta que en la gestión contractual con el Estado se valora un riesgo denominado: riesgo regulatorio. Este riesgo cubre los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que, siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual. Por ejemplo, los cambios en las tarifas, mercados regulados, regímenes especiales, designación de zonas franca, planes de ordenamiento territorial, entre otras²³.

e. Ocurrido un desequilibrio contractual causado por un hecho imprevisible, la entidad pública, previa solicitud del contratante, debe adoptar las medidas necesarias para restablecer las cargas. Así lo señala expresamente el artículo 5-1 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia con radicado 17660 señaló: “La disposición citada tiene una indiscutible naturaleza sustantiva y en su dimensión positiva reconoce la existencia de un derecho subjetivo que puede ser exigido por su titular (los contratistas tienen derecho a que, previa solicitud, la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato), en caso de que haya sido vulnerado; es decir, la disposición no se refiere a los requisitos de orden adjetivo para acudir a la jurisdicción con miras a reclamar en juicio el derecho conculcado, como lo entiende el a quo, sino a la posibilidad que tiene el contratista de formular la solicitud de restablecimiento del equilibrio que se ha fracturado, directamente ante la entidad contratante. A juicio de la Sala, la norma pretende materializar los principios de eficacia,

²¹ C.E. Secc. Tercera. Sent. 10.151, may. 9/1996. C.P. Daniel Suárez Hernández; Sent. 15.119, sep.18/2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sent. 14.781, sep. 11/2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sent. 41008, jul. 29/2015. C.P. Hernán Andrade Rincón; Sent. 36359, ago. 1/2016 C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Sent. 63123, feb. 6/2020. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²² C.E. Secc. Tercera. Sent. 28681, may. 6/2015. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

²³ Documento Conpes 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. 2011. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>



economía y celeridad que informan la actividad contractual de la administración”²⁴.

f. Conforme con numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 el restablecimiento de las cargas es a un punto de no pérdida²⁵.

g. El restablecimiento de las cargas es transitorio, compensatorio y limitado a un apoyo parcial dirigido a solventar el déficit que el hecho le origina al contratista en el cumplimiento de las obligaciones.

h. El restablecimiento sólo debe estar dirigido al reconocimiento de mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible.

i. El restablecimiento busca que el contratista llegue a un punto de no pérdida. No busca reparar integralmente el daño, ni mantener el beneficio del contratante, ni preservarlo de todas o cualquier pérdida.

j. El contrato de concesión contiene ciertas particularidades que hacen más rigurosa la aplicación del restablecimiento económico ante la ocurrencia de un hecho imprevisible, pues en virtud de la aplicación de la cláusula “por cuenta y riesgo” ciertos acontecimientos deben ser asumidos por la parte perjudicada. Recuérdese que el art. 32 num. 4º de la Ley 80/93, señala que son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio **por cuenta y riesgo del concesionario**. La expresión “por cuentas y riesgo” obligan a analizar de forma mucho más severa los hechos que podrían dar lugar al desequilibrio, así como también la imputabilidad del contratista y el monto de la reparación.

2.2. Hecho del príncipe

a. El hecho del príncipe corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato.

b. El hecho del príncipe se configura cuando la entidad contratante, en su calidad de autoridad estatal, emite actos generales, abstractos, imprevistos y posteriores

²⁴ C.E. Secc. Tercera. Sent. 17660, agos. 28/2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁵ ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: 1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.



a la celebración del contrato que inciden directamente en su ejecución y que puede ocasionar un desequilibrio contractual²⁶.

c. Se trata de actos que profiere la Administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones, y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato, afectan su ecuación y ocasionan una alteración de la misma²⁷.

d. Estos actos generales deben ser anormales o extraordinarios. Los actos normales u ordinarios hacen parte del alea normal del contrato luego no generan desequilibrio económico.

e. De acuerdo con el Consejo de Estado, los presupuestos básicos para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, son²⁸:

- La expedición de un acto general y abstracto.
- La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.

f. Si el hecho del príncipe genera un desequilibrio contractual, la administración debe reconocer a la parte afectada los perjuicios ocasionados. En este caso, la entidad pública está obligada a reconocer el daño emergente y lucro cesante resultado de ese desequilibrio²⁹.

g. El hecho del príncipe es diferente de la *potestas variandi*. En el primer caso, el desequilibrio se origina con la expedición de un acto administrativo general proferido por la entidad contratante en el marco de sus funciones generales como autoridad. En el segundo, el desequilibrio obedece a un acto administrativo de carácter particular expedido por la entidad en ejercicio de potestades administrativas existentes dentro del contrato.

h. El hecho del príncipe es diferente al hecho imprevisible. En el primer caso, la actuación que genera el desequilibrio proviene de la autoridad del Estado. El segundo sucede a causa de un hecho exógeno a las partes, no imputable a la entidad contratante y externo al contrato.

2.3. La *Potestas Variandi*

²⁶ C.E. Secc. Tercera. Sent. 21.990, jun.28/2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ C.E. Secc. Tercera. Sent. 41934, nov. 20/2019. C.P. María Adriana Marín.

²⁸ C.E. Secc. Tercera. Exped. 14.577, may/ 29/2003.

²⁹ C.E. Secc. Tercera. Sent.15.119, sep. 18/2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



a. La *potestad variandi* es una facultad de la administración derivada de su poder de dirección general, control y vigilancia de la ejecución del contrato, y cumplimiento de los fines de la contratación³⁰.

b. En este evento, el desequilibrio se produce a través de medidas que adopta la entidad contratante, por medio de actos administrativos de carácter particular, expedidos en ejercicio de potestades administrativas existentes dentro del contrato.

c. El ejercicio de la *potestas variandi* se configura cuando la administración modifica las condiciones existentes a causa del ejercicio de sus potestades exorbitantes de interpretación, modificación, suspensión o terminación unilateral del contrato, lo cual altera su ejecución y la hace más gravosa (arts. 15, 16 y 17, Ley 80/93)³¹.

d. El acto administrativo que introduce variaciones a la ejecución del contrato debe estar adecuadamente motivado.

e. Es posible que el ejercicio de la potestad administrativa tenga como efecto que la ejecución del contrato sea menos gravosa para el contratista y más gravosa para el Estado, caso en el cual también éste puede tener derecho al restablecimiento. El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 señala que, ante el rompimiento de la ecuación contractual, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos suscribirán acuerdos y pactos necesarios sobre su cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales.

f. Las condiciones para que se presente el desequilibrio por la aplicación de la *potestas variandi*, son: (i) Que el acto que genere la alteración de las condiciones contractuales se presente en el ejercicio legal de una potestad contractual por parte de la entidad contratante. (ii) Que el acto que altere las condiciones contractuales sea posterior a la presentación de la propuesta o celebración del contrato. (iii) Que el acto que altere las condiciones contractuales tenga carácter excepcional, en el sentido de no poder haber sido razonablemente previsto por la parte afectada, y (iv) que el acto haga más gravosa la ejecución del contrato.

g. La *potestas variandi* tiene límites. La administración debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y su objeto. No puede realizar una alteración extrema que signifique un contrato diferente, no querido por el contratista particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento³².

Al respecto en sentencia con radicado 37322 el Consejo de Estado señaló: “Es claro entonces, que esta facultad no es ilimitada ni omnímoda, ni implica que la

³⁰ C.E. Secc. Tercera. Sent. 41934, nov. 20/2019. C.P. María Adriana Marín.

³¹ C.E. Secc. Tercera. Sent. 18080, ago. 31/2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³² C.E. Secc. Tercera. Sent. 4739, ene.31/1991. C.P. Julio César Uribe Acosta; Sent. 18080, ago. 31/2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



administración pueda introducir unilateralmente variaciones al contrato que no estén orientadas a adecuarlo a las situaciones nuevas e imprevistas que lo hagan necesario, de cara al cumplimiento de su finalidad como herramienta de administración, mediante la obtención de un objeto contractual que resulte útil para la satisfacción del interés general. ‘La doctrina es unánime al señalar que la mutabilidad del contrato es limitada y debe estar sujeta a los principios de razonabilidad que la constriñan a extremos que sean aceptables, dentro de las motivaciones que justifican su existencia’³³³⁴.

La Sentencia del Consejo de Estado con radicado 52161 ejemplifica el caso. En esa oportunidad, la administración suscribió un contrato cuyo objeto por parte del contratista fue suministrar, instalar, mantener, operar y prestar el servicio de pantalla gigante del estadio Nemesio Camacho El Campín. Posterior a la suscripción del contrato, y en razón a unas obras de remodelación, la administración evidenció la necesidad de reubicar la pantalla objeto del contrato. Por esta razón, expidió un acto administrativo modificando unilateralmente el contrato. La modificación incorporó así una cláusula relacionada con el “desmonte y montaje de la pantalla exterior ubicada sobre el muro lateral que compone la estructura de la torre de los ascensores”.

El Consejo de Estado consideró que “la expedición del acto en comento comportó un verdadero ejercicio del *ius variandi*³⁵ en cabeza de la entidad estatal contratante, toda vez que la modificación obedeció a razones que conducían a ejecutar las obras civiles de adecuación del Estadio para alistar el escenario del certamen deportivo que en el ámbito mundial se llevaría a cabo en esas instalaciones y en desarrollo de las mismas era necesario disponer la reubicación del elemento electrónico y adoptar las medidas dirigidas a evitar la parálisis del servicio de publicidad que se dispensaba a través de la pantalla exterior objeto de concesión en el estadio el Campín”.

h. Cuando la administración ejerce esta potestad y le impone nuevas obligaciones, el contratista adquiere el derecho al reconocimiento de los mayores costos en que haya incurrido y a las utilidades correspondientes a las actividades que haya tenido que realizar³⁶.

3. Aparición de la Covid-19

La aparición de la Covid-19 constituye un hecho sobreviniente, extraordinario y exógeno que ha afectado de manera significativa la vida económica y social del país y que ha obligado a adoptar decisiones que inciden en la ejecución de los contratos. La implementación de protocolos de bioseguridad y la suspensión de los contratos son consecuencia de la pandemia y de la necesidad de adoptar medidas para mitigar su propagación.

³³ Escola, Héctor Jorge, “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 396.

³⁴ C.E. Secc. Tercera. Sent. 37322, oct. 12/2017. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁵ C.E. Secc. Tercera. Sent. 18080, ago.31/2011 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁶ C.E. Secc. Tercera. Sent. 41934, nov. 20/2019. C.P. María Adriana Marín.



No obstante, estas circunstancias no suponen *per se* que se hayan generado situaciones de desequilibrio contractual, sino que es necesario examinar las particularidades de cada caso.

Las secciones siguientes exponen criterios que ayudan a establecer en concreto si la implementación de protocolos de bioseguridad y la suspensión de los contratos configuran una situación de desequilibrio contractual y las medidas que se deben implementar en tal eventualidad.

3.1. La implementación de los protocolos de bioseguridad debido a la Covid-19 y el desequilibrio contractual

La implementación de los protocolos de bioseguridad por las entidades públicas es una exigencia proveniente del Ministerio de Salud y la Protección Social como medida para tratar la emergencia sanitaria ocasionada por la aparición del nuevo coronavirus que genera la Covid- 19³⁷.

Por medio de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 fue adoptado el protocolo general de bioseguridad para todas las actividades económicas, sociales y sectores de la administración pública. Existen además protocolos de bioseguridad específicos para la realización de determinadas actividades. Por ejemplo, para el sector de la infraestructura se expidió la Resolución 679 del 24 de abril de 2020.

Por lo expuesto, es indispensable que determine si para la ejecución del contrato que está analizando existe un protocolo de bioseguridad especial. Si es así, téngalo en cuenta al momento de efectuar el análisis de un posible desequilibrio contractual.

Con base en lo expuesto, a continuación, se presenta la hoja de ruta que guía el análisis para determinar en un caso particular si la implementación de los protocolos de bioseguridad puede generar un desequilibrio contractual. En esta hoja de ruta fueron abordados a manera de ejemplo los puntos comunes en los protocolos de bioseguridad relacionado con el uso de tapaboca, alcohol, y jabón líquido; el distanciamiento físico y la toma de la temperatura corporal.

Pregunta	Respu esta	Paso a seguir
I. Preguntas para analizar la procedencia del análisis por desequilibrio contractual		
1. ¿Al momento de exigir la implementación de los protocolos de bioseguridad, existían	Si	Pase al punto 2.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.

³⁷ Mediante el Decreto Legislativo 539 del 24 de abril de 2020 le fue asignada al Ministerio de Salud y la Protección Social la competencia de expedir protocolos que sobre bioseguridad se requieran para todas las actividades económicas. Este decreto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-205 de 2020.



obligaciones contractuales por cumplir?		
2. ¿El contrato genera un beneficio para ambas partes, esto es, es conmutativo?	Si	Pase al punto 3.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
3. ¿La exigencia de los protocolos de bioseguridad exigidas por el Ministerio estaban vigentes al momento de la suscripción del contrato?	Si	No procede el análisis por desequilibrio contractual. Analice si se constituye en un incumplimiento contractual por no prever este riesgo al momento de la firma del contrato.
	No	Pase al punto 4.
4. ¿Aún con los protocolos de bioseguridad, la obligación contractual puede cumplirse?	Si	Pase al punto 5.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
5. ¿La exigencia de un nuevo protocolo cabe en los riesgos previstos en el contrato?	Si	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
	No	Pase al punto 6.
6. ¿La implementación de los protocolos generó la adquisición o el aumento de elementos o servicios por parte del contratista para la ejecución del contrato?	Si	Pase al punto 7.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
7. ¿Puede identificar en el contrato original las prestaciones del contrato, los valores y los elementos que la componen?	Si	Pase a la pregunta 8
	No	Junto con un área técnica de su entidad definan los elementos del contrato. Una vez lo tenga, pase a la pregunta 8.
II. Preguntas para analizar la alteración grave y específica del equilibrio contractual		
8. Uso de tapaboca, alcohol, jabón líquido		
8.1 ¿El contratista debe dotarse de elementos de manera esporádica o para un grupo de personas poco representativo dadas las características o el valor del contrato?	Si	En principio, no se configura una afectación al equilibrio contractual. Compare el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato, si la afectación es proporcional no existe desequilibrio contractual. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 8.2
	No	Pase al punto 8.2
8.2 ¿El contratista debe suministrar tapaboca y alcohol de manera	Si	En principio, se configura una afectación si el costo de estos



periódica a un grupo representativo de personas, es decir, que suponen una erogación alta en relación con el valor total del contrato y sus características?		elementos con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 9.
	No	Pase al punto 9.
9. Medidas de distanciamiento físico		
9.1 ¿A pesar de las medidas de distanciamiento físico el contratista podía cumplir sus obligaciones desde la casa?	Si	No procede el análisis por desequilibrio contractual por el ítem de distanciamiento físico. Pase al punto 9.2
	No	Pase al punto 9.2
9.2 ¿Las medidas de distanciamiento físico hacen que el cumplimiento de las obligaciones se prolongue en el tiempo porque no toda la mano de obra puede laborar según lo planeado?	Si	En principio, se configura una afectación si el costo de la implementación del distanciamiento con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 9.3
	No	Pase al punto 9.3
9.3 ¿Las medidas de distanciamiento físico hacen que el cumplimiento de las obligaciones se prolongue en el tiempo porque el proveedor de un insumo esencial tiene restringida la libertad de locomoción?	Si	En principio, se configura una afectación si el costo de la implementación del distanciamiento con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 10.
	No	Pase al punto 10.
10. Toma de temperatura		
10.1 ¿El contratista debió adquirir un termómetro digital infrarrojo?	Si	En principio, no se configura una afectación al equilibrio contractual. Compare el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato, si la afectación es proporcional no existe desequilibrio contractual.



		Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 10.2
	No	Pase al punto 10.2
10.2 ¿El contratista debió asignarle a una persona la coordinación de las medidas de bioseguridad?	Sí	En principio, no se configura una afectación al equilibrio contractual. Compare el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato, si la afectación es proporcional no existe desequilibrio contractual. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 10.3
	No	Pase al punto 10.3
10.3 ¿Fue necesario la creación de un empleo con actividades solamente dirigidas para vigilar los protocolos de bioseguridad generados a partir de la aparición de la Covid-19?	Sí	En principio, se configura una afectación si el costo de la implementación del distanciamiento con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 11
	No	Pase al punto 11
11. ¿Existe prueba del gasto en que incurrió el contratista por la implementación del protocolo de bioseguridad?	Sí	Verifique que el gasto solamente esté relacionado con las medidas solicitadas en el protocolo de bioseguridad. Una vez identificado, pase al punto 12.
	No	Recuerde que el contratista tiene la carga de demostrar el gasto en el que incurrió. Verifique que el gasto esté relacionado con las medidas solicitadas en el protocolo de bioseguridad. Una vez tenga la prueba del gasto, pase al punto 12.
12. ¿El protocolo de bioseguridad fue expedido por la entidad contratante como autoridad estatal y no como parte contractual?	Sí	Pase al punto 13. Recuerde que dicha actuación puede considerarse como un hecho del príncipe.



	No	Pase al punto 14. Recuerde que dicha actuación puede enmarcarse en el hecho imprevisible.
13. ¿Está determinado el daño emergente y el lucro cesante del contratista?	Sí	Pase al punto 16.
	No	Una vez determine la afectación pase al punto 16.
14. ¿Está en la posibilidad de determinar si el gasto en que incurrió el contratista corresponde al valor de no pérdida del contratista?	Sí	Pase al punto 15.
	No	Acuda a la oficina financiera o en un área técnica para determinar el porcentaje. Pase al punto 15.
III. Pautas para restaurar el equilibrio contractual		
15. ¿El contrato tiene alguna cláusula que regule el reajuste y/o revisión de precios en la que pueda analizar los anteriores factores?	Sí	Úsela. Fin del análisis.
	No	Pase al punto 16.
16. ¿El contratista, que ya conoce el grado de afectación, está interesado en renunciar al restablecimiento del equilibrio?	Sí	Suscriba un documento con esta renuncia, donde conste que lo hace de manera voluntaria. Fin del análisis ³⁸ .
	No	Pase al punto 17.
17. ¿La entidad tiene la posibilidad llegar a un acuerdo para apoyar al contratista por una única vez en los gastos que genera la implementación de protocolos de bioseguridad?	Sí	Hágalo. Suscriba un documento con el acuerdo. Fin del análisis
	No	La entidad tiene que prepararse para un posible litigio judicial.

3.2. La suspensión de contratos por el aislamiento obligatorio debido a la Covid-19 y el desequilibrio contractual

Este análisis parte del hecho de que las entidades públicas se vieron obligadas a suspender algunos contratos con motivo de las medidas de aislamiento social obligatorio ordenadas por el Gobierno nacional. La restricción de la libertad de circulación ha sido una medida constante única y eficaz para evitar la propagación del virus. Los diferentes grados de restricción implementados por el Estado han dependido de la discrecionalidad de cada gobierno sustentada entre otros aspectos en el número de contagiados, cultura ciudadana, acceso a las fronteras, número de habitantes, capacidad del sistema de salud y comportamiento de la economía, etc.

³⁸ C.E. Secc. Tercera. Sent. 21.077, ago. 29/2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth; Sent. 41.008, jul. 29/2015. C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.



Así, la imposición de medidas de distanciamiento físico pudo haber obligado a algunas entidades públicas a suspender la ejecución de algunos contratos. Esta medida de suspensión obedece a un hecho no atribuible a la entidad pública contratante, sino a la imposición imprevisible proveniente de otra autoridad nacional.

Por medio de los Decretos 457, 531, 593, 636, 689, 749, 878, 990 y 1076 de 2020 se ha regulado el aislamiento preventivo obligatorio. Es indispensable que determine si para la ejecución del contrato que está analizando las medidas de distanciamiento estaban vigentes. Si es así, téngalo en cuenta al momento de efectuar el análisis de un posible desequilibrio contractual.

Además, verifique la existencia de normas especiales que hayan regulado la suspensión de los tipos de contratos que está analizando por la aparición del Covid-19.

Con base en lo expuesto, a continuación, se presenta la hoja de ruta que guía el análisis para determinar en un caso particular si la suspensión de un contrato generó un desequilibrio contractual. Tenga en cuenta que cada contrato y las circunstancias que lo rodean son únicas, y que los parámetros que se presentan a continuación se basan en casos hipotéticos para ejemplificar el análisis que se debe realizar.

Pregunta	Respu esta	Paso a seguir
I. Preguntas para analizar la procedencia del análisis por desequilibrio contractual		
1. ¿Se suspendió la ejecución del contrato por acatamiento a una norma derivada de los decretos que regulan el distanciamiento físico o de decretos legislativos?	Si	Pase al punto 2.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual por este punto.
2. ¿Al momento suspenderse la ejecución del contrato había obligaciones contractuales por cumplir?	Si	Pase al punto 3.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
3. ¿El contrato genera un beneficio para ambas partes, esto es, es conmutativo?	Si	Pase al punto 4.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
4. ¿La suspensión del contrato cabe en los riesgos previstos en el contrato?	Si	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
	No	Pase al punto 5.
5. ¿El cumplimiento de la suspensión generó gastos no presupuestados por el contratista?	Si	Pase al punto 6.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
	Si	Pase a la pregunta 7



6. ¿Puede identificar en el contrato original las prestaciones del contrato, los valores y los elementos que la componen?	No	Junto con un área técnica de su entidad definan los elementos del contrato. Una vez lo tenga, pase a la pregunta 7.
II. Preguntas para analizar la alteración grave y específica del equilibrio contractual		
7. ¿La suspensión de la ejecución del contrato implicó el incumplimiento de otras obligaciones, por ejemplo, las derivadas de un contrato de suministro?	Si	En principio, se configura una afectación si el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 8.
	No	Pase al punto 8.
8. ¿Al momento de la suspensión del contrato, el contratista tenía personal contratado y tuvo que pagarle salario o seguridad social?	Si	En principio, se configura una afectación si el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 9.
	No	Pase al punto 9.
9. ¿Existe prueba del gasto en que incurrió el contratista por suspensión del contrato?	Si	Verifique que el gasto solamente esté relacionado con la suspensión del contrato. Una vez identificado, pase al punto 10.
	No	Recuerde que el contratista tiene la carga de demostrar el gasto en el que incurrió. Verifique que el gasto esté relacionado con la suspensión del contrato. Una vez tenga la prueba del gasto, pase al punto 10.
10. ¿La suspensión del contrato fue ocasionada por la entidad contratante como autoridad estatal y no como parte contractual?	Si	Pase al punto 11. Recuerde que dicha actuación puede considerarse como un hecho del príncipe.
	No	Pase al punto 12. Recuerde que dicha actuación puede



		enmarcarse en el hecho imprevisible.
11. ¿Está determinado el daño emergente y el lucro cesante del contratista?	Si	Pase al punto 14.
	No	Una vez determine la afectación pase al punto 14.
12. ¿Está en la posibilidad de determinar si el gasto en que incurrió el contratista corresponde al valor de no pérdida del contratista?	Si	Pase al punto 13.
	No	Acuda a la oficina financiera o en un área técnica para determinar el porcentaje. Pase al punto 13.
III. Pautas para restaurar el equilibrio contractual		
13. ¿El contrato tiene alguna cláusula que regule el reajuste y/o revisión de precios en la que pueda analizar los anteriores factores?	Si	Úsela. Fin del análisis.
	No	Pase al punto 16.
14. ¿El contratista, que ya conoce el grado de afectación, está interesado en renunciar al restablecimiento del equilibrio?	Si	Suscriba un documento con esta renuncia, donde conste que lo hace de manera voluntaria. Fin del análisis ³⁹ .
	No	Pase al punto 15.
15. ¿La entidad tiene la posibilidad llegar a un acuerdo para apoyar al contratista por una única vez en los gastos que genera la implementación de protocolos de bioseguridad?	Si	Hágalo. Suscriba un documento con el acuerdo. Fin del análisis
	No	La entidad tiene que prepararse para un posible litigio judicial.

Recuerde que la lista de preguntas desarrolladas en este documento constituye una hoja de ruta. Tenga en cuenta que cada contrato y las circunstancias que lo rodean son únicas. De allí que en cada caso se debe analizar con detalle el objeto contractual, las cláusulas pactadas, y su relación con el cumplimiento por parte del contratista de las normas que regulan la implementación de protocolos de bioseguridad o los efectos reales de la suspensión de los contratos.

Cordialmente,

CAMILO GÓMEZ ALZATE
Director General

Elaboró: Lina Mogollón
Revisó: César Méndez / Luis Jaime Salgar

³⁹ C.E. Secc. Tercera. Sent. 21.077, ago. 29/2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth; Sent. 41.008, jul. 29/2015. C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.